

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Observatie van veelplegers)

Borgers, M.J.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Observatie van veelplegers)*, No. 413, Nov 13, 2012. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

M.J. Borgers

1. Dat er stevig werk wordt gemaakt van de bestrijding van de overlast die veelplegers veroorzaken, daarover laat de hierboven afgedrukte zaak weinig misverstand bestaan. De verdachte is herhaaldelijk geobserveerd door het in Tilburg opererende ‘veelplegersteam’. Deze observaties waren er voornamelijk op gericht om op specifieke locaties de handel en wandel van bepaalde personen, voorkomend op een lijst van veelplegers, gedurende een relatief korte periode te observeren. De aanleiding voor de observaties was niet gelegen in een verdenking ter zake van een strafbaar feit of in concrete aanwijzingen dat een strafbaar feit zou worden gepleegd. De observaties waren wel gericht op de activiteiten van de desbetreffende personen op zogeheten *hot spots*, locaties waarvan bekend is dat er veel delicten worden begaan. In de hierboven afgedrukte zaak was het bij één van de observaties raak en werd geconstateerd dat de verdachte zonder betaling een gestreepte trui had meegenomen uit een kledingzaak. De rechtmatigheid van het optreden van het observatieteam staat in de strafzaak ter discussie. Enkele onderdelen van de overwegingen van de Hoge Raad verdienen daarbij nadere aandacht (vgl. ook reeds de annotatie bij dit arrest van Kooijmans in *Ars Aequi* 2013, p. 222-229).

2. In de eerste twee volzinnen van overweging 2.6.2 bespreekt de Hoge Raad kernachtig de relevante wettelijke grondslagen voor het uitvoeren van observaties. Uit de eerste volzin blijkt dat de Hoge Raad de grens tussen de (wettelijk geregelde) stelselmatige observatie en de (niet expliciet in de wet genoemde) niet-stelselmatige observatie wil trekken aan de hand van het, ook in de wetsgeschiedenis gebezigde (vgl. het citaat in rov. 2.5.3), criterium of de wijze van observatie geschikt is om een min of meer compleet beeld te verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de betrokkene. Aan de hand van enkele – eveneens in de wetsgeschiedenis en ook eerder in de rechtspraak genoemde (vgl. rov. 2.5.4) – kenmerken (plaats, duur, intensiteit, frequentie en het eventuele gebruik van technische hulpmiddelen) dient te worden bepaald of de observatie tot een dergelijk min of meer compleet beeld zal leiden (dan wel, indien de observatie aanvankelijk beperkt van opzet was, heeft geleid). Opmerkelijk is wel – en dat sluit niet goed aan bij de geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis – dat de Hoge Raad in dit verband het werkwoord ‘kunnen’ gebruikt. Dat laat de mogelijkheid open, maar het is onduidelijk of de Hoge Raad dat ook zo bedoeld, dat een observatie die zonder machtiging ex artikel 126g Sv wordt uitgevoerd, maar wel geschikt is om een min of meer compleet beeld te verschaffen van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de betrokkene, toch niet onrechtmatig behoeft te worden bevonden.

In de tweede volzin overweegt de Hoge Raad dat, wanneer aan het zojuist besproken criterium niet wordt voldaan, de met het observeren samenhangende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als zo beperkt kan worden beschouwd dat de algemene taakomschrijving van opsporingsambtenaren, zoals neergelegd in artikel 2 Politiewet 1993 (thans: artikel 3 Politiewet 2012) en artikel 141 Sv, daarvoor voldoende legitimatie biedt. Dat is op zichzelf geen schokkende boodschap, maar in deze overweging liggen

twee niet onbelangrijke beslissingen besloten. Allereerst lijkt te mogen worden geconstateerd dat naar het oordeel van de Hoge Raad de scheidslijn tussen de niet-stelselmatige en de stelselmatige observatie samenvalt met de scheidslijn tussen de beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de meer dan beperkte inbreuk daarop. Hiermee volgt de Hoge Raad niet het betoog van A-G Knigge, die beide onderscheidingen juist uit elkaar wil trekken (zie met name onderdeel 4.16 van zijn conclusie; in vergelijkbare zin Fokkens & Kirkels-Vrijman, in: *Politie in beeld*, Nijmegen: WLP 2009, p. 121). Wellicht kan hierin ook de verklaring worden gevonden voor het feit dat de Hoge Raad niet op voorhand elke observatie die geschikt is om een min of meer compleet beeld te verschaffen van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de betrokkene, als een stelselmatige observatie lijkt te willen aanduiden. Die ‘bepaalde aspecten’ moeten kennelijk van dien aard moeten zijn dat deze ook echt raken aan een zekere sfeer van vertrouwelijkheid, intimiteit of het zich onopgemerkt mogen wanen.

De tweede beslissing die besloten ligt in de tweede volzin van rov. 2.6.2, is dat de algemene taakstellende bepalingen – nog altijd – een grondslag vormen voor opsporingshandelingen die (niet meer dan) een beperkte inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer. Ten gevolge van de invoering van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden was daar debat over ontstaan (vgl. daarover, met nadere verwijzingen, de conclusie voor en de noot onder HR 20 januari 2009, *NJ* 2009, 225 alsmede Fokkens & Kirkels-Vrijman, *t.a.p.*, p. 105-124). Dat debat wordt thans, zij het impliciet, door de Hoge Raad beslecht.

3. Aan kortstondige en beperkte (dus: niet-stelselmatige) observaties behoeft geen verdenking in de zin van artikel 27 Sv ten grondslag te liggen. Dat vloeit voort uit rov. 2.6.2, zo stelt de Hoge Raad in rov. 2.6.3. Kennelijk bedoelt de Hoge Raad hier te zeggen dat voor het verrichten van opsporingsactiviteiten op grond van artikel 2 Politiewet 1993 (thans: artikel 3 Politiewet 2012) en artikel 141 Sv in het algemeen geen verdenking is vereist. Dat sluit ook aan bij het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv. Er is sprake van opsporing, indien er onder gezag van de officier van justitie onderzoek in verband met strafbare feiten wordt verricht met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Daaronder kunnen ook onderzoeksactiviteiten vallen die worden verricht in een fase waarin van een verdenking nog geen sprake is (vgl. ook Kooijmans, *t.a.p.*, p. 223).

De Hoge Raad voegt hieraan toe dat – met het oog op de toepassing van artikel 359a Sv – deze observaties tot het voorbereidend onderzoek moeten worden gerekend ingeval (mede) door de observaties een verdenking ontstaat en verdergaande opsporingsbevoegdheden worden toegepast. Ook hier laat de Hoge Raad zich – terecht – door het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv leiden, al formuleert de Hoge Raad het enigszins ongelukkig. Immers, het is niet het rijzen van een verdenking dat maakt dat er sprake is van voorbereidend onderzoek. Het voorbereidend onderzoek vangt aan met opsporing en daarvan kan, zoals zojuist besproken, ook sprake zijn indien (nog) geen verdenking bestaat. Het feit dat op het moment van het handelen nog niet duidelijk is of de geobserveerde persoon daadwerkelijk een strafbaar feit zal plegen, maakt dat niet anders. Waar het om gaat, is dat wanneer eenmaal een dergelijk feit in beeld is gekomen en de betrokkene daarvoor wordt vervolgd, al het handelen dat tot ontdekking van het feit heeft geleid, voor zover dat binnen de reikwijdte van artikel 132a Sv valt, overeenkomstig artikel 359a Sv ter discussie kan worden gesteld. Indien dan blijkt dat de wijze van observatie zich juist niet als kortstondig en beperkt laat kwalificeren, maar feitelijk voldoet aan het criterium dat voor stelselmatige observatie geldt, is om tweeërlei reden – te weten: het ontbreken van een bevel van de offi-

cier van justitie alsmede het ontbreken van de voor van het geven van dit bevel juist wel vereiste verdenking (vgl. artikel 126g lid 1 Sv) – sprake van een vormverzuim, zodat op de voet van artikel 359a Sv een beslissing omtrent het daaraan te verbinden rechtsgevolg dient te worden genomen.

4. In relatie tot de observaties zoals deze zich in de onderhavige zaak hebben plaatsgevonden, haalt de Hoge Raad ten dele een streep door de verwerping door het gerechtshof van het op artikel 359a Sv berustende verweer. Ten aanzien van de observaties zoals die onmiddellijk voorafgaand aan het stelen van de gestreepte trui hebben plaatsgevonden, geldt dat deze een toereikende grondslag konden vinden in artikel 2 Politiewet 1993 en artikel 141 Sv. Dat ligt anders ten aanzien van het verweer dat nog veel meer observaties zouden zijn verricht, waarvan geen verslag is gemaakt en waardoor het recht op privacy in aanzienlijke mate is geschonden, zodat als rechtsgevolg niet-ontvankelijkverklaring dan wel bewijsuitsluiting zou moeten worden aanvaard. Uit de overwegingen van het gerechtshof blijkt niet of die observaties inderdaad hebben plaatsgevonden en (daarom) ook niet of hierbij slechts van een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer sprake is geweest. Tot cassatie behoeft dat volgens de Hoge Raad niet te leiden. De reden daarvoor is dat door de verdediging niet (voldoende onderbouwd) naar voren is gebracht dat de door de verdachte bij de rechter-commissaris afgelegde bekennende verklaring moet worden gezien als ‘het rechtstreekse gevolg’ van de door de verdediging gestelde en gewraakte observaties. Het toepassen van bewijsuitsluiting ketst daarop reeds af. Omdat ook geen reden voor niet-ontvankelijkverklaring is gebleken, laat de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof in stand.

De Hoge Raad laat aldus in relatie tot de door de verdediging bepleite bewijsuitsluiting de betrekkelijk hoge eisen doorklinken die in de rechtspraak plegen te worden gesteld aan het causale verband tussen het vormverzuim en het bewijsmateriaal (vgl. nader Corstens/Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 733). Al is hier niet geheel duidelijk wat de precieze redenering van de Hoge Raad is. Ziet de Hoge Raad, in het licht van hetgeen namens de verdachte is gesteld, hooguit een temporeel – maar geen causaal – verband tussen de (veronderstellenderwijs aangenomen) observaties en het afleggen van de verklaring tegenover de rechter-commissaris? Als dat zo is, had de verdachte kennelijk moeten stellen dat indien de overige observaties niet hadden plaatsgevonden, het ook niet zou zijn gekomen tot de observaties op grond waarvan hij uiteindelijk is aangehouden en nadien als verdachte is gehoord. Hoe de verdachte een dergelijke stelling had moeten – en ook kunnen – onderbouwen, is niet aanstonds duidelijk, juist omdat hier onduidelijkheid blijkt te bestaan over de hoeveelheid observaties die hebben plaatsgevonden. Dan is het ook lastig om aan te tonen dat alle observaties tezamen een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer hebben gemaakt (en dus dat eigenlijk het complex van observaties alleen had mogen worden uitgevoerd op grond van een machtiging in de zin van artikel 126g Sv). En waarom legt de Hoge Raad zo’n nadruk op de rechtskundige bijstand en het zijn verleend van de cautie ter zake van de bekennende verklaring tegenover de rechter-commissaris? Bedoelt de Hoge Raad dat daarmee een eventueel toch aanwezig causaal verband zou zijn doorbroken? Dat zou in feite betekenen dat een verdachte met het onder die omstandigheden afleggen van een bekennende verklaring de mogelijkheid van een succesvol beroep op artikel 359a Sv zou verspeelen. Ik acht het niet aannemelijk dat de Hoge Raad die opvatting tot uitdrukking heeft willen brengen.

5. Mijn belangrijkste bezwaar tegen de wijze waarop de Hoge Raad uiteindelijk oordeelt over de toepassing van artikel 359a Sv in de onderhavige zaak, is evenwel dat de aandacht wordt afgeleid van de kern

van het eigenlijke probleem: de gerezen onduidelijkheid omtrent de hoeveelheid, de indringendheid van, als ook de onderlinge samenhang tussen de verschillende observaties, en daarmee ook van de mogelijke schending van de verbaliseringsplicht. Ook op dit punt komt artikel 132a Sv in beeld. Van al hetgeen tot *opsporing* wordt verricht, dient op de voet van artikel 152 (sinds 1 januari 2013: 152 lid 1) Sv proces-verbaal te worden opgemaakt. Wanneer door een mogelijke schending van de verbaliseringsplicht de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het strafvorderlijke handelen wordt bemoeilijkt, dient de aandacht eerst en vooral te worden gericht op de mogelijkheden om alsnog helderheid te verschaffen omtrent het verloop van het opsporingsonderzoek, juist ook om te kunnen beoordelen of zich vormverzuimen hebben plaatsgevonden en zo ja, wat de rechtsgevolgen daarvan kunnen of moeten zijn (vgl. ook Kooijmans, *t.a.p.*, p. 229). De Hoge Raad had daarom in de gebrekkige aandacht van het gerechtshof voor de door de verdediging gestelde gang van zaken, beter aanleiding kunnen vinden om tot cassatie over te gaan.